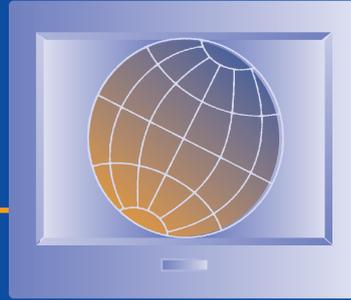


# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

4  
K&R

- Editorial: Twittern aus dem Gerichtssaal  
*Prof. Dr. Thomas Klindt*
- 217 Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße?  
*Daniel Wiedmann und Tobias Jäger*
- 220 Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2015  
*Dr. Flemming Moos*
- 228 Vorsichtsmaßnahmen statt Vorab-Kontrollen: Zur Haftung für „Hass-Postings“ · *David Ziegelmayer*
- 230 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2015  
*Dr. Thomas Sassenberg und Dr. Reto Mantz*
- 236 Automatisch generierte Bestätigungs-E-Mails als unerlaubte Werbung?  
*Dr. Simon Apel und Dr. Steffen Henn*
- 239 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen einer Zweckbindung von Rundfunkbeiträgen  
*Dr. Michael Libertus*
- 243 Vergaberechtsmodernisierungsgesetz: Auswirkungen auf die Vergabe von Gestattungsverträgen zur Breitbandversorgung  
*Ramón Glaß*
- 247 Länderreport Österreich  
*Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 253 EuGH: Wettbewerbsverstoß durch abgestimmte Verhaltensweisen mittels Online-Informationssystem
- 293 LAG Berlin-Brandenburg: Arbeitgeber darf Browserdaten von Arbeitnehmer-PC auswerten  
mit Kommentar von *Peter Kaumanns*

19. Jahrgang

April 2016

Seiten 217 – 300



RA Daniel Wiedmann, LL.M. (NYU), Frankfurt a. M. und RA Tobias Jäger, München\*

## Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße?

*Mit dem Verfahren gegen Facebook betritt das Bundeskartellamt juristisches Neuland. Hintergrund sind aktuelle Bestrebungen des Bundeskartellamts, den Besonderheiten der digitalen Wirtschaft (zum Beispiel „Big Data“) mit neuen kartellrechtlichen Ansätzen zu begegnen. Im Vordergrund steht die Frage, ob Facebook durch seinen Umgang mit Nutzerdaten seine möglicherweise marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht. Unklar ist bereits, ob für die Nutzer kostenfreie Webdienste überhaupt Märkte im kartellrechtlichen Sinne sein können und ob Facebook einen solchen Markt tatsächlich beherrscht. Neu an dem Verfahren ist insbesondere der Ansatz, das Kartell- und Datenschutzrecht miteinander zu verbinden. Die Frage, wann Datenschutzverstöße auch ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des Kartellrechts darstellen können, ist bisher ungeklärt. Diesen Fragen widmet sich der nachfolgende Beitrag.*

### I. Das Verfahren gegen Facebook

Am 2.3.2016 hat das Bundeskartellamt die Eröffnung eines Verfahrens gegen Facebook Inc., USA, die irische Tochter des Unternehmens sowie die Facebook Germany GmbH bekanntgegeben.<sup>1</sup> Das Bundeskartellamt führt das Verfahren als Verwaltungsverfahren. Die Verhängung eines Bußgelds ist demnach derzeit nicht beabsichtigt. Kartellverwaltungsrechtliche Verfügungen sind zum Beispiel Abstellungsverfügungen oder Verbindlichkeitserklärungen von Verpflichtungszusagen, vgl. §§ 32, 32 b GWB.

Laut Bundeskartellamt bestehe der Anfangsverdacht, dass Facebook seine marktbeherrschende Stellung missbraucht (§ 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV). Das Bundeskartellamt habe Anhaltspunkte dafür, dass Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend sei. Diesen Anhaltspunkten soll mittels weiterer Markterhebungen nachgegangen werden.

Der mögliche Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung soll darin bestehen, dass den Nutzern unangemessene Nutzungsbedingungen abverlangt werden (sog. Konditionenmissbrauch). Es bestehe nämlich der Anfangsverdacht, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook gegen das Datenschutzrecht verstoßen. Facebook erhebe von seinen Nutzern in großem Umfang persönliche Daten aus verschiedenen Quellen. Durch die Bildung von Nutzerprofilen ermögliche das Unternehmen Werbekunden ein zielgenaues Werben. Um Zugang zu dem sozialen Netzwerk zu erhalten, müsse der Nutzer den Nutzungsbedingungen zustimmen. Der Umfang der erteilten Einwilligung sei für den Nutzer nur schwer nachzuvollziehen. Das Bundeskartellamt will nun prüfen, welcher Zusammenhang zwischen der möglichen

marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens und der Verwendung derartiger Nutzungsbedingungen besteht.

Wie das Bundeskartellamt ferner bekanntgab, werde das Verfahren in engem Kontakt mit den zuständigen Datenschutzbehörden, der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedsstaaten geführt.

### II. Beherrschung des Markts für soziale Netzwerke?

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot gemäß § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV setzt zunächst das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung voraus.

#### 1. Kartellrechtlicher Markt bei unentgeltlichen Leistungen?

Facebook bietet seinen Nutzern seine Dienste unentgeltlich an. Fraglich ist, ob unentgeltliche Leistungsbeziehungen Teil eines Markts im kartellrechtlichen Sinne sein können.<sup>2</sup>

Im Fall von Facebook ging die Europäische Kommission im Fusionskontrollfall *Facebook/WhatsApp* trotz Unentgeltlichkeit von einem Markt aus.<sup>3</sup> Gerichtlich ist diese Frage bisher nicht abschließend geklärt. Im Fall des Hotelbuchungsportals *HRS* betrachtete das OLG Düsseldorf in einem Marktmachtmissbrauchsverfahren allein die entgeltliche Seite als Markt.<sup>4</sup> Maßgeblich dürfte allerdings sein, ob für die Leistung eines Internetportals eine Gegenleistung erbracht wird, unabhängig davon, ob diese finanzieller Natur ist oder nicht. Der BGH hat in einer vergleichbaren Frage zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff entschieden, dass dieser ein Tätigwerden im Rahmen eines marktwirtschaftlichen Leistungsaustauschs erfordert, d. h. eine Leistung muss um der Gegenleistung willen angeboten werden.<sup>5</sup> Die Gegenleistung muss demnach – so auch

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 2. 3. 2016.

2 Ausführlich hierzu u. a. *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121; *Klotz*, WuW 2016, 58.

3 Europäische Kommission, Entscheidung vom 3.10.2014, COMP/M.7217, Rn. 62 – Facebook/WhatsApp.

4 OLG Düsseldorf, 9. 1. 2015 – VI-Kart 1/14 (V), Rn. 43 – Bestpreisklausel: „Das Such- und Buchungsverhalten der Hotelkunden ist nur insoweit von Bedeutung, als die funktionelle Austauschbarkeit der Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale aus Sicht der Hotelunternehmen durch den sog. Netzwerkeffekt beeinflusst ist. Jede unternehmerische Tätigkeit ist dann, wenn sie entgeltlich erfolgt, einem Markt zuzuordnen. Soweit eine Leistung – so wie hier – nach der einen Seite entgeltlich, nach der anderen Seite unentgeltlich erbracht wird, ist sie nur mit der entgeltlichen Seite Teil des Marktes.“

5 BGH, 23. 10. 1979 – KZR 22/78, NJW 1980, 1046 – Berliner Musikschule, mit dem Hinweis, dass der Sinn und Zweck des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen, eine enge Betrachtungsweise verbietet.

der Sachverhalt des vom BGH entschiedenen Falls – nicht finanzieller Natur sein. So gesehen findet auch bei unentgeltlichen sozialen Netzwerken, anders als bei Hotelbuchungsportalen, ein Leistungsaustausch statt. Für die Nutzung des sozialen Netzwerks „zahlt“ der Nutzer mit seinen Daten. Hinzu kommt, dass diese Daten für Facebook geldwert sind. Facebook kann die gesammelten Daten über die Platzierung von Werbeanzeigen durch Drittanbieter wirtschaftlich verwerten. Das Bundeskartellamt setzt sich für eine Klarstellung dieser Frage durch den Gesetzgeber ein.

## 2. Ist Facebook marktbeherrschend?

Das Bundeskartellamt hat Anhaltspunkte dafür, dass Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend ist. Hier stellt sich zunächst die Frage der Markt- abgrenzung, d. h. der Bestimmung des relevanten sachlichen und geographischen Bereichs, in dem Facebook in Wettbewerb steht. Ferner muss die Marktmacht von Facebook auf dem so bestimmten Markt ermittelt werden.

### a) Relevanter Markt

Im Fall *Facebook/WhatsApp* hat die Europäische Kommission sich auf die Bereiche i) Kommunikationsdienste für Endkunden, ii) Dienste für die soziale Vernetzung und iii) Online-Werbedienste konzentriert.<sup>6</sup> Die genaue Markt- abgrenzung im Bereich soziale Vernetzung konnte jedoch offen gelassen werden, da Facebook und WhatsApp aufgrund ihrer verschiedenen Funktionalitäten nicht als enge Wettbewerber angesehen wurden. Die Kommission betonte auch, dass die Grenzen der einschlägigen Märkte einem ständigen Wandel unterliegen.<sup>7</sup> Aus der Marktuntersuchung der Kommission ergab sich jedoch, dass persönliche Profile und Freundes-/Kontaktlisten als wesentliche Funktionen sozialer Netzwerke angesehen werden. Es wurde auch festgestellt, dass es verschiedene Überschneidungen mit dem Bereich Kommunikationsdienste für Endkunden gibt und dass die Grenzen hier zunehmend verwischen, da beide Bereiche Funktionalitäten voneinander übernehmen. Ferner ergab die Marktuntersuchung, dass Dienste für soziale Vernetzung nicht nach Plattform (z. B. PC oder Smartphone) oder Betriebssystem (z. B. Windows oder Mac) abzugrenzen seien. Offen gelassen wurde die Frage, ob Netzwerke, bei denen berufliche Zwecke im Vordergrund stehen (z. B. LinkedIn oder Xing), von Netzwerken für vorrangig private Zwecke (z. B. Facebook oder Google+) abzugrenzen seien. Den geographisch relevanten Markt erachtete die Kommission für mindestens EWR- weit, wenn nicht weltweit.

Bei der Ermittlung des relevanten Markts wird das Bundeskartellamt verschiedene Markt- abgrenzungsinstrumente wie das Bedarfsmarktkonzept und das Konzept der Angebots- umstellungsflexibilität nutzen. Ferner dürften Interdependenzen zwischen den Diensten für die Nutzer und Online-Werbediensten eine wesentliche Rolle spielen.

### b) Marktmacht von Facebook

Auf dem relevanten Markt ist sodann die Marktmacht von Facebook zu ermitteln. Ein Unternehmen ist dann markt- beherrschend, wenn es über einen vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Seine Marktstellung verschafft ihm die Fähigkeit, sich seinen Konkurrenten, Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhän-

gig zu verhalten.<sup>8</sup> Gemäß § 18 Abs. 3 GWB ist die Markt- macht anhand einer Reihe von Faktoren zu beurteilen.

In der digitalen Wirtschaft begegnet die Feststellung von Marktmacht neuen Herausforderungen. So sind zum Beispiel Marktanteile aufgrund der Innovationsdynamik digi- taler Märkte und einem sich schnell ändernden Nutzerverhalten in schnellem Wandel und daher von vergleichs- weise geringer Aussagekraft.

Der Wettbewerb zwischen Internetplattformen wird viel- mehr vor allem durch die folgenden fünf Effekte bestimmt: Netzwerkeffekte, Skaleneffekte, Beschränkung der Nut- zung, Differenzierungsmöglichkeiten der Plattformen und Anbieterwechsel bzw. Wechselkosten.<sup>9</sup> Bei Facebook wirken verschiedene Netzwerkeffekte. Zum einen vergrößert sich der Wert des Netzwerks für seine Nutzer mit dem Beitritt weiterer Nutzer, da sich jeder neuer Nutzer mit allen bestehenden Nutzern austauschen kann. Mit der stei- genden Nutzerzahl steigt wiederum die Attraktivität des Netzwerks für potenzielle Nutzer. Ferner wirken indirekte Netzwerkeffekte, da mit steigender Nutzerzahl wiederum die Attraktivität des Netzwerks für Werbekunden steigt. Eine Folge dieser Effekte kann eine starke Marktkonzentration sein. Die Konzentrationswirkung kann durch Skala- effekte weiter verstärkt werden, da in der digitalen Wirtschaft die Kosten auch bei Ausweitung des Angebots nicht wesentlich zunehmen. Hieraus kann sich ein unein- holbarer Wettbewerbsvorsprung ergeben, zum Beispiel wenn die Plattform aufgrund ihres Reservoirs an Nutzer- daten aus Sicht der Werbekunden ein Alleinstellungsmerk- mal hat und andere Anbieter von sozialen Netzwerken deshalb als Werbeplattform nicht infrage kommen.

## III. Missbrauch durch Datenschutzverstöße?

Das Bundeskartellamt geht dem Verdacht nach, dass Face- book seine marktbeherrschende Stellung durch die Ver- wendung rechtswidriger Nutzungsbedingungen miss- braucht. § 19 Abs. 1 GWB (bzw. Art. 102 Abs. 1 AEUV) verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer markt- beherrschenden Stellung. Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Geschäftsbedingun- gen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit er- geben würden. Gemäß Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV kann ein Missbrauch insbesondere in der Erzwingung von un- angemessenen Geschäftsbedingungen bestehen.

Laut Bundeskartellamt bestehen erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der von Facebook verwendeten Nutzungs- bedingungen. Für einen Missbrauch könnten grundsätz- lich bereits unangemessene Nutzungsbedingungen ausreichen. Allerdings dürfte eine Unangemessenheit mangels Maß- stab vom Bundeskartellamt kaum zu beweisen sein. In Fällen unangemessen hoher Preise, zum Beispiel bei der Wasserversorgung, wird als Maßstab auf einen Vergleichs- markt abgestellt. Ein solcher Vergleichsmarkt dürfte hier nicht verfügbar sein, da die verschiedenen sozialen Netz- werke zu unterschiedlich sind.

Das Bundeskartellamt wird daher wahrscheinlich der Fra- ge nachgehen, ob die von Facebook verwendeten Kondi-

6 Europäische Kommission, Entscheidung vom 3.10.2014, COMP/ M.7217, Rn. 13 ff. – Facebook/WhatsApp.

7 Europäische Kommission, Entscheidung vom 3.10.2014, COMP/ M.7217, Rn. 146 – Facebook/WhatsApp.

8 EuGH, 14.2.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 65 – United Brands.

9 *Evans/Schmalensee*, Competition Policy International 3(1), 2007, 151 ff.

tionen unzulässig sind und, wenn ja, ob Facebook diese Konditionen auch bei wirksamen Wettbewerb hätte durchsetzen können.

### 1. Verwendung unzulässiger Nutzungsbedingungen?

Die Verwendung unzulässiger Bedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann grundsätzlich missbräuchlich sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Vereinbarung unwirksamer Klauseln Ausfluss der Marktmacht des Verwenders ist.<sup>10</sup>

#### a) Verstoß gegen Datenschutzrecht

Das Bundeskartellamt hebt in seiner Pressemeldung hervor, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook möglicherweise gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen. Ausgangspunkt der Untersuchung des Bundeskartellamts sind wahrscheinlich nicht die Nutzungsbedingungen selbst, denn mit diesen kann Facebook schwerlich gegen die nationalen<sup>11</sup> und europäischen datenschutzrechtlichen Vorschriften verstoßen. Es kommt wahrscheinlich vielmehr darauf an, ob Facebook durch den Umgang mit den von seinen Nutzern erhobenen Daten gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstößt, wenn seine Nutzungsbedingungen nicht ausreichen, um die Verwendung zu legitimieren. Insofern müsste das Bundeskartellamt zunächst ermitteln, wie und in welchem Umfang Facebook die Daten seiner Nutzer erhebt, verarbeitet und nutzt. Im zweiten Schritt wäre dann zu beurteilen, ob und inwieweit Facebook die Daten rechtmäßig verwendet.

Nach nationalem wie auch europäischem Datenschutzrecht gilt beim Umgang mit personenbezogenen Daten das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt, welches für das nationale Datenschutzrecht in § 4 Abs. 1 BDSG geregelt ist. Danach ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das BDSG selbst oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Die gesetzlich vorgesehenen Erlaubnistatbestände lassen den Umgang mit personenbezogenen Daten nur in engen Grenzen zu. Bei sozialen Netzwerken wie Facebook, das zu den Telemedien gehört, gelten die speziellen Vorschriften der §§ 14 und 15 TMG für die Verwendung der Bestands- und Nutzungsdaten.<sup>12</sup> Die meisten Daten, die Facebook erhebt, verarbeitet und nutzt, fallen als Inhaltsdaten nicht unter diese speziellen Vorschriften des TMG. Die gesetzlichen Erlaubnistatbestände dürften für Facebook daher nicht ausreichen, um die gesammelten Daten rechtmäßig wirtschaftlich verwerten zu dürfen. Facebook benötigt für den rechtmäßigen Umgang mit den Daten seiner Nutzer, insbesondere für Zwecke der Werbung gemäß § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG, jeweils deren wirksame Einwilligung.

#### b) Wirksame Einwilligung der Nutzer erforderlich

Das Bundesdatenschutzgesetz stellt nach § 4 a BDSG allerdings relativ hohe Anforderungen an eine wirksame Einwilligung des Betroffenen zur Nutzung seiner Daten.

Die Einwilligung muss vom Betroffenen bewusst und informiert erteilt worden sein, sie muss bestimmt sein, sie muss freiwillig erteilt worden sein und der Einzelne muss die entsprechende Einsichtsfähigkeit gehabt haben.<sup>13</sup> Hier kommen nun die jeweiligen Nutzungsbedingungen ins Spiel. Indem die Facebook-Nutzer die Nutzungsbedingungen, z. B. bei der Registrierung akzeptieren, sollen sie in die Nutzung ihrer Daten eingewilligt haben. Es wird aber bereits angezweifelt, ob Facebook mit der Art und

Weise, wie es bei der Registrierung des Nutzers auf seine Nutzungsbedingungen hinweist, die Anforderung an eine wirksame Einwilligung im datenschutzrechtlichen Sinne erfüllt.<sup>14</sup> Daneben ist fraglich, ob die verwendeten Nutzungsbedingungen inhaltlich ausreichen, um die spätere tatsächliche Verwendung der Daten durch Facebook zu legitimieren. Welche engen Grenzen für eine wirksame Einwilligung gelten, hat das LG Berlin aufgezeigt.<sup>15</sup> Die Einwilligung in die Datenweitergabe an Drittanbieter von Spielen, die über die Facebook-Plattform gespielt werden können, hat das LG Berlin im Oktober 2014 für rechtswidrig befunden. Der Nutzer konnte nach Ansicht des Gerichts aufgrund der Gestaltung und Einbeziehung der Nutzungsbedingungen durch Facebook keine informierte Entscheidung treffen. Beschreiben die Nutzungsbedingungen also nicht in ausreichendem Maß, was mit den Daten des Nutzers geschieht, kann keine wirksame Einwilligung vorliegen. Facebook würde mithin Daten seiner Nutzer verwenden, ohne dazu legitimiert zu sein.<sup>16</sup>

Dass Facebook die datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht (immer) einhält, wird in dem Verfahren des Bundeskartellamts vermutlich nicht groß problematisch sein. Spannend wird daher, wie aus dem datenschutzrechtlichen Verstoß wegen der unzureichenden Einwilligungen der Nutzer mit den Mitteln des Kartellrechts beigestrichen werden soll.

### 2. Missbräuchlichkeit des Verhaltens

Aus einem datenschutzrechtlichen Verstoß alleine folgt noch kein missbräuchliches Verhalten. Fraglich ist, ob das Bundeskartellamt eine Gesamtbetrachtung vornehmen muss. In jedem Fall wird es prüfen müssen, ob Facebook mögliche Verstöße aufgrund seiner möglichen Marktmacht durchsetzen kann.

Nach früherer BGH-Rechtsprechung war im Bereich der Konditionenkontrolle eine Gesamtbetrachtung des Vertragswerks vorzunehmen.<sup>17</sup> In dieser Betrachtung waren auch Leistungen zu berücksichtigen, welche die Nutzer begünstigen.<sup>18</sup> Eine solche Gesamtbetrachtung dürfte die

10 BGH, 6. 11. 2013 – KZR 61/11, Rn. 68 – VBL-Gegenwert.

11 Die Anwendbarkeit des deutschen materiellen Datenschutzrechts auf Facebook war umstritten und wurde abgelehnt, vgl. OVG Schleswig, 22. 4. 2013 – 4 MB 11/13, K&R 2013, 523 = NJW 2013, 1977; a. A. KG Berlin, 24. 1. 2014 – 5 U 42/12, K&R 2014, 280 ff. Nach der Entscheidung des EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502 ff. = NJW 2014, 2257 zur Auslegung der RL 95/46/EG Art. 4 Abs. 1 lit. a) reicht es für die Anwendbarkeit des nationalen Datenschutzrechts aber aus, wenn eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in dem jeweiligen Mitgliedsstaat für die Förderung des Verkaufs der Werbeflächen besteht, deren Tätigkeit auf die Einwohner dieses Staates ausgerichtet ist. Mit der Hamburger Facebook Germany GmbH verfügt Facebook über eine solche Tochtergesellschaft, vgl. *Boos*, VuR 2015, 92, 93. Damit dürfte für das Verfahren des Bundeskartellamts klar sein, dass deutsches Datenschutzrecht auf Facebook Anwendung findet.

12 Bestandsdaten sind solche, die sich auf die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen Nutzer und Diensteanbieter beziehen und für die Nutzung erforderlich sind. Nutzungsdaten sind solche, die die Nutzung und Abrechnung ermöglichen; daneben sind Inhaltsdaten alle übrigen Daten des Dienstes, die auch bei einem vergleichbaren Offline-Dienst anfallen würden; Inhaltsdaten unterfallen mangels spezielleren Vorschriften im TMG dem BDSG; vgl. *Boos*, VuR 2015, 92, 94.

13 *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 53 m. w. N.

14 *Buchner*, in: FS Köhler, 2014, S. 51, 52 ff.

15 LG Berlin, 28. 10. 2014 – 16 O 60/13.

16 Verstöße von Facebook in vielen Fällen gegen europäische Datenschutz- und Verbraucherschutzvorschriften beschreibt eine Studie der Katholischen Universität Löwen und Freien Universität Brüssel, auf die *Schweda*, ZD-Aktuell 2015, 04659 hinweist.

17 BGH, 6. 11. 1984 – WuW/E BGH 2103, 2015 – Favorit.

18 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 19 Rn. 254.

Rechtsanwendung schwierig machen, zumal Facebook den Nutzern umfangreiche Leistungen zur Verfügung stellt, die diese begünstigen. Ob diese Rechtsprechung vom BGH jedenfalls im Rahmen der Generalklausel (§ 19 Abs. 1 GWB) aufgegeben wurde, ist nicht ganz klar.<sup>19</sup> Die Entscheidung im Fall *VBL-Gegenwert* impliziert zumindest, dass bereits allein ein Verstoß gegen dispositives Recht einen Missbrauch darstellen kann.<sup>20</sup>

In jedem Fall hat das Bundeskartellamt zu prüfen, ob Facebook mögliche Verstöße aufgrund seiner möglichen Marktmacht durchsetzen kann. Diesen Beweis zu führen,

könnte schwierig werden. Ein Indiz hierfür könnte zum Beispiel sein, wenn Nutzer trotz zunehmend nachteiliger Nutzerbedingungen nicht auf andere Netzwerke ausweichen. Nicht auszuschließen ist aber, dass ein fehlendes Ausweichverhalten andere Ursachen hat, zum Beispiel, dass die Nutzer der Umgang mit ihren Daten nicht sonderlich interessiert.

19 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 18), § 19 Rn. 256.

20 BGH, 6. 11. 2013 – KZR 61/11, Rn. 68 – VBL-Gegenwert.

RA Dr. Flemming Moos, Hamburg\*

## Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2015

*Dieser Beitrag gibt im Anschluss an den Aufsatz in K&R 2015, 158 ff. einen Überblick über bedeutsame Entwicklungen im Bereich des Datenschutzrechts während des Jahres 2015. Die Darstellung beschränkt sich auf besonders praxisrelevante Entwicklungen auf gesetzgeberischer und regulatorischer Ebene sowie auf wichtige einschlägige Judikatur, wobei die Neuerungen bezüglich der EU-Datenschutzgrundverordnung ausgeklammert werden, weil sie den Rahmen dieses Beitrags sprengen würden.*

### I. Das Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht

Auf legislatorischer Ebene ist die Änderung des BDSG im Hinblick auf die Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden durch das zweite Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes bzgl. der Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde vom 25. 2. 2015 erwähnenswert.

#### 1. Hintergrund und Ziel des Gesetzes

Das Gesetz dient der – längst überfälligen – Umsetzung der Anforderungen in Art. 28 Abs. 1 S. 2 der RL 95/46/EG in das BDSG, wonach die Datenschutzaufsicht ihre Aufgaben in „völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen muss. Aufgrund des Umstandes, dass der Bundesbeauftragte für den Datenschutz (BfDI) nach § 22 Abs. 4 S. 3 BDSG a. F. der Rechtsaufsicht der Bundesregierung unterstand, war das Unabhängigkeitserfordernis nicht gewahrt, so dass die Datenschutzaufsicht auf Bundesebene richtlinienwidrig verfasst war.<sup>1</sup>

Insoweit hatte der EuGH bereits mit Urteil vom 9. 3. 2010<sup>2</sup> entschieden, dass die deutsche Datenschutzaufsicht über den nicht-öffentlichen Bereich teilweise nicht im Einklang mit den Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG stehe, weil die Eingliederung der Aufsichtsbehörden in die Ministerialverwaltung und die Rechts- und Fachaufsicht durch die Ministerien gegen das Gebot der „völligen Unabhängigkeit“ gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 2 EG-Datenschutzrichtlinie verstoße.<sup>3</sup> Zwischenzeitlich hatten bereits sämt-

liche Bundesländer die Konsequenzen aus dem Urteil gezogen und die Regelungen über die Datenschutzaufsicht in den Landesdatenschutzgesetzen revidiert.<sup>4</sup> Nun hat auch der Bund die notwendigen Änderungen des BDSG vorgenommen.

### 2. Gegenstand der Neuregelungen

Die gesetzlichen Neuregelungen betreffen allein die Rechtsstellung des BfDI und haben Änderungen der §§ 22–26 BDSG mit sich gebracht.<sup>5</sup> Die zentrale Änderung besteht darin, dass der BfDI nun gemäß § 22 Abs. 5 S. 1 BDSG die Stellung einer obersten Bundesbehörde erhalten hat, die „eigenständig und unabhängig ausgestaltet ist“.<sup>6</sup> Weitere Neuregelungen, die die Unabhängigkeit ebenfalls untermauern sollen, beziehen sich auf die personelle und finanzielle Ausstattung, die Stellvertretung und den Dienstsitz. Die Änderungen sind zum 1. 1. 2016 in Kraft getreten.

### II. Gerichtsentscheidungen zu Datenverwendungen und deren Zulässigkeit

#### 1. Einwilligungen in der TK-Branche

Das VG Köln hat mit einer Entscheidung vom 25. 2. 2015<sup>7</sup> für Aufsehen in der Telekommunikationsbranche gesorgt, indem es dem TKG eine Sperrwirkung bezüglich anderweitiger, in dem Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehener Einwilligungsmöglichkeiten attestiert hat.

\* Dieser Aufsatz beruht in Teilen auf einem Beitrag des Autors zur DSRI-Herbstakademie 2015, abgedruckt in: *Taeger* (Hrsg.), *Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 2015, S. 489. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 *Born*, Die Datenschutzaufsicht und ihre Verwaltungstätigkeit im nicht-öffentlichen Bereich, 2014, S. 87.

2 EuGH, 9. 3. 2010 – C-518/07, K&R 2010, 326 ff. – Kommission/Deutschland.

3 *Moos*, K&R 2011, 145, 148.

4 *Moos*, K&R 2012, 151, 156.

5 Siehe hierzu im Einzelnen *Roßnagel*, ZD 2015, 106 ff.

6 BT-Drs. 18/2848, S. 1, 13.

7 VG Köln, 25. 2. 2015 – 21 K 2214/14, BeckRS 2015, 44624.